

М. А. Рубащенко, к.ю.н., доцент кафедри кримінального права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (м. Харків, Україна)

ПРО ПРАВОВУ ВИЗНАЧЕНІСТЬ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ (У КОНТЕКСТІ РЕФОРМИ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА)

У контексті реформи кримінального законодавства спільним знаменником багатьох кримінально-правових дискурсів стали вимоги чіткості та однозначності приписів майбутнього нового (чи оновленого) Кримінального кодексу України (далі КК), що, як відомо, є атрибутами правової визначеності. Останню в кримінальному праві почали активно обговорювати та всіляко обстоювати відносно недавно, як власне і в українському праві загалом. Але чим далі, тим більше проявляються тенденції викривлення її ідеї та змісту. У зв'язку з цим, хочу окреслити кілька пересторог щодо майбутньої модернізації кримінального закону.

1. Насамперед, автор цієї статті, безсумнівно, визнає нагальну потребу в уніфікації та посиленні чіткості й зрозумілості багатьох приписів КК України. Вимога визначеності особливо гостро постає в кримінальному праві. На цьому наполягає й Конституційний Суд України та ЄСПЛ.

2. Однак при цьому правова визначеність не означає абсолютну чи надмірну визначеність. Потрібно віднайти баланс – пропорційність між різноманітним форм проявів конкретного злочину в реальному житті та його стислим законодавчим відображенням у тексті закону. Тому оціночні поняття як ті, що позбавлені деталізації, так і ті, що формулюються через конкретизуючі ознаки чи відкриті переліки, об'єктивно *можуть* і *повинні* бути використані в тексті КК. Використання законодавцем оціночних понять (навіть тих, що використовуються в тексті закону без будь-якої конкретизації) само собою аж ніяк не свідчить про порушення принципу правової визначеності, зокрема, коли одне і те ж поняття має різний змістовий обсяг залежно від контексту його використання.

У справах, у яких ставиться питання про порушення ст. 7 ЄКПЛ «Ніякого покарання без закону», Страсбурзький Суд постійно наголошує: «як би чітко не було положення сформульоване у будь-якій галузі права, існуватиме неминучий елемент судового тлумачення; завжди існуватиме потреба у роз'ясненні нечітких норм або тих, що потребують пристосування до обставин, що змінюються; хоча визначеність є вкрай необхідною,

вона може спричиняти надмірну жорсткість, а закон повинен бути здатним встигати за обставинами, що змінюються, відповідно багато законів неминуче сформульовані у термінах, що тією чи іншою мірою є нечіткими, та тлумачення й застосування яких є питанням практики» (див., наприклад, рішення *«Веренцов проти України»* від 11 квіт. 2013, п.65).

У зв'язку з цим, також виявом загальноєвропейської тенденції стало наділення Верховного Суду правом формулювати правові висновки, обов'язкові для застосування всіма суб'єктами владних повноважень, та забезпечувати однаковість у правозастосуванні. Цими положеннями фіксується природний характер різнотлумачень положень закону. Наголошує на особливій ролі судової практики і ЄСПЛ: «У більшості держав-учасниць поступальний розвиток кримінального права за допомогою судової нормотворчості є усталеною і необхідною частиною правової традиції; ст. 7 ЄКПЛ не може розглядатися як така, що виключає поступове роз'яснення правил кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення в конкретних справах за умови, що воно сумісне з сутністю злочину і є розумно передбачуваним» (див. рішення *«Ходорковський та Лебедєв проти Росії»* від 25 лип. 2013, п. 780). Відсутність повної визначеності кримінально-правових положень загалом не є проблемою для вищих судів держав-учасниць Конвенції. У цілому справляється з забезпеченням однакового застосування й новий Верховний Суд. Закладати ж принцип безграмотності вітчизняного правозастосувача в основу модернізації кримінального права неприпустимо.

Тенденції криміналізації діянь за останні роки на теренах Ради Європи також свідчать про широкий масштаб використання оціночних і - за відсутності судового тлумачення – достатньо неоднозначних понять. За приклад можна згадати й доволі узагальнені кримінально-правові положення Стамбульської конвенція від 11 квітня 2011 р., що вже знайшли своє відображення в кримінальному законодавстві багатьох європейських країн.

Нарешті зрозумілий, але узагальнений та не надто конкретизований опис ознак злочину є трендом і в міжнародному кримінальному праві. Автор численних праць у сфері міжнародного права прав людини, міжнародного кримінального та гуманітарного права професор William Schabas щодо опису воєнних злочинів у Статуті МКС зазначає: «Як відомо усім криміналістам, детальна кодифікація має свою темну сторону. Чим більше деталей в положеннях, тим більше лазівок для придатних аргументів захисту»⁷³. Югославський трибунал у рішенні від 14.01.2000 р. по справі виправданого за звинуваченнями у воєнних

73 Schabas, W. (2012). *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press. P. 116.

злочинах Zoran Kupreškić попереджає, що вичерпна категоризація (злочинів) може створити можливості для ухилення від букви заборони⁷⁴.

3. Найяскравішими прикладами оціночних понять в КК України, що найчастіше називають «невизначеними» та «неоднозначними», певно, є поняття «істотна шкода» та «тяжкі наслідки». Варто підтримати спроби посилити визначеність цих понять, однак хочеться застерегти від спроб надати цій визначеності абсолютного характеру. Слушною може бути хіба що конкретизація за критерієм фізичної та майнової шкоди, тому що вона не викличе труднощів перерахування конкретних видів шкоди життю і здоров'ю особи та відповідно встановлення вартісного критерію в певній розрахунковій одиниці. Це, так би мовити, найбільш очевидні та відносно легко фіксовані наслідки, при описі яких можна дотриматися абсолютної (повної) визначеності.

Проте існують такі види наслідків, що *a priori* неможливо вичерпно та однозначно описати в законі. Ідеться про різноманітні порушення конституційних прав і свобод людини: право на свободу, особисту недоторканність, на житло, на освіту, на свободу висловлення, зборів та демонстрацій тощо. І ці права не менш важливі, ніж, скажімо, право власності, а їх порушення здатне заподіяти як істотну шкоду, так і тяжкі наслідки з точки зору ступеня їх суспільної небезпечності. Окрім цього, існує шкода політичного та організаційного характеру, конкретні прояви якої також в кращому випадку можуть піддаватися певному узагальненню, однак не можуть описуватися однозначно. Чого тільки варта була нещодавна конкретизація цих оціночних понять в т.з. «службових злочинах», що явно послабило кримінально-правову охорону прав і свобод людини.

На прикладі цих же понять варто застерегти й від надмірної уніфікації правових приписів КК України. Ідеться про ідею опису «істотної шкоди» та «тяжких наслідків» в термінологічній частині Загальної частини майбутнього КК. Як вже було проілюстровано раніше, цього не вдасться зробити без суттєвого послаблення правоохоронної функції кримінального права щодо тих різновидів шкоди, які об'єктивно не можуть бути описані вичерпно та однозначно. Окрім того, такий підхід розриває генетичний зв'язок ознак об'єктивної сторони складу злочину (у цьому випадку – суспільно небезпечних наслідків) із об'єктом злочину. Те, які саме наслідки можуть заподіюватися тим чи іншим злочином, поставлено у пряму залежність від виду та природи тих суспільних відносин, цінностей чи благ, що охороняються в тому чи іншому випадку. Наприклад, тяжкими наслідками при вчиненні посягання на територіальну цілісність України (ч.3 ст.110 КК) передусім

74 Kupreškić et al. (IT-95-16-T), Judgment, 14 January 2000, para. 563. URL: <http://www.icty.org/case/kupreskic/4>.

є шкода політичного чи територіального характеру (від'єднання територій), у разі незаконного проведення абортів (ч.5 ст.134 КК) чи залишення в небезпеці (ч.3 ст.135 КК), зокрема тяжке тілесне ушкодження, при зґвалтуванні (ч.5 ст.152 КК) або розголошенні таємниці усиновлення (ч.2 ст.168 КК), зокрема самогубство потерпілої особи. Якщо буде надано уніфіковане визначення «тяжких наслідків», як результат можемо отримати «самогубство» як тяжкий наслідок незаконного проведення абортів, що неприпустимо з огляду на природу (характер) самого злочину, зокрема того, що потерпіла здійснює аборт за власною волею, або ж взагалі як тяжкий наслідок посягання на територіальну цілісність України (патріотично налаштований громадянин наскільки був схвильований діями посягачів на територію, що вирішив покінчити з життям). Чи навпаки: наслідки територіального характеру автоматично будуть розглядатися як можливі тяжкі наслідки при незаконному проведенні абортів чи зґвалтуванні (!).

Автор цієї статті вважає більш вдалим уніфікувати суспільно небезпечні наслідки окремо в межах кожного розділу Особливої частини нового КК, що дозволить витримати баланс визначеності.

4. В аспекті необхідності закріплення правил кваліфікації кримінальних правопорушень та інших значимих для кримінального права юридичних фактів варто звернути увагу на те, що кримінальне законодавство країн Європи таких правил практично не містить. У цивілізованих країнах Ради Європи джерелом тлумачення понять та правил кваліфікації є доктрина та судова практика. До того ж, експерти Венеціанської комісії, котрі розглядали альтернативний прийнятому закону проект про запровадження кримінальних проступків, застерігають Україну від надмірного «виписування» понять та правил кваліфікації та вказують, що правила кваліфікації та тлумачення закону, як правило, не можна регулювати на законодавчому рівні, особливо такі, що містять очевидні положення теоретичного характеру⁷⁵.

Висновки: 1) уніфікація та посилення однозначності положень КК має свій зворотній бік: послаблення правоохоронної функції кримінального права;

2) намагання досягнути максимальної або повної визначеності суперечить такому:
а) існуючим тенденціям як в кримінальному праві країн членів Ради Європи, так і в міжнародному кримінальному праві; б) не узгоджується з основними принципами та

⁷⁵ Попередній висновок генерального директорату з прав людини та верховенства права ради Європи щодо проекту Закону України № 2897 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запровадження кримінальних проступків» від 21 жовт. 2016 р. / Підготовлено на основі дослідження експертів: Джеремі Макбрайд, Пітер Павлін та Іва Пушкарєва-Гочева.

напрямами розвитку системи правосуддя в Україні, у якій особливе місце відводиться Верховному Суду; 3) необхідно шукати баланс між вимогами чіткості (однозначності) та методом узагальненого (абстрактного) опису ознак злочину, зважаючи при цьому на природу (характер) злочину та логічну передбачуваність результату тлумачення відповідного положення.

Редакційна колегія:

В. Я. Тацій (головний редактор),

А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін, В. С. Батургарєва, В. І. Борисов, М. І. Панов,

В. І. Тютюгін, Л. М. Демидова, Ю. А. Пономаренко, Д. П. Євтєєва, І. А. Вишневська, К. А. Новікова

Редакційна колегія висловлює щирі подяки за допомогу в підготовці цих матеріалів аспірантам О. С. Завалішиній, С. О. Рєпі, Д. І. Романченко та В. Р. Філіпенко

Матеріали конференції опубліковано в авторській редакції

Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України : матеріали міжнар. наук. конф., К58 м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), А. П. Гетьман, Ю. В. Баулін та ін. – Харків : Право, 2019. – 500 с.

ISBN 978-966-937-871-2

ISBN 978-966-937-871-2

- © Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, 2019
- © Консультативна місія Європейського Союзу в Україні, 2019
- © Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, 2019
- © Громадська організація «Всеукраїнська асоціація кримінального права», 2019
- © Оформлення. Видавництво «Право», 2019